改革开放 40 年我国高等教育国际合作法制的演进与反思

魏 姝

(北京大学 法学院,北京 100871)

摘 要: 改革开放后,我国高等教育国际合作法制建设经历了两个时期的演进发展:“内部驱动”发展时期和“主动拓展”时期。两个时期又可再分为四个发展阶段:恢复发展阶段、真正起步阶段、“入世”阶段、深化发展阶段。通过对历史演进的梳理,不难发现改革开放 40 年我国高等教育国际合作法制取得了巨大成就。在加入 GATS 并严格履行条约义务 17 年的背景下进行反思,已有成就仅是阶段性成果,我国并没能形成统一完善的高等教育国际合作法律体系,既缺乏一部统领全局的基本法,同时现有规则之间并不协调自洽。改革开放 40 年,我国迫切需要在 GATS 框架下进一步建立和完善我国高等教育国际合作法律体系。

关键词: 高等教育;国际合作;法律体系

中图分类号:G 513.3 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5919(2018)03-0152-09

改革开放后,我国高等教育开始了全新的发展历程。40 年来特别是加入世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)①17 年来,我国高等教育国际合作法制经过自我调整和发展,取得了巨大的成就,并呈现出比较明显的阶段性特点。根据驱动力的不同可划分为两个时期:加入《服务贸易总协定》(General Agreements on Trade in Services, GATS)前为“内部驱动发展”时期,我国高等教育国际合作法制自我建设、自我发展,此时的国际合作与交流都带有“被动”地学习、借鉴与模仿的意味;加入 GATS 后是国际竞争驱动下的“主动拓展”时期,我国主动加入国际条约、履行条约义务,遵守并运用国际规则主动参与国际高等教育竞争。

上述两个时期又可分为四个发展阶段。为了梳理细节并兼顾全貌,在对每个阶段高等教育国际合作法制进程具体分析时,本文按照不同的法律层级逐一分析:法律、行政法规、部门规章,以及“规范性文件”②。尽管我国立法体系中并不存在“规范性文件”这一层级,但“规范性文件”同样受到 GATS 原则和义务的约束,即与法律、法规、规章一样,均属于 GATS 框架下影响服务贸易的“措施”③范畴,同样受到多边条约纪律的约束。

一、我国高等教育国际合作法制“内部驱动发展”时期

自改革开放始,到加入 GATS 之前,我国高等教育国际合作法制主要是遵循自身内部发展逻辑和需求而发展演进的,分为“恢复发展”与“真正起步”两个阶段。

(一)恢复发展阶段(1978 年—1992 年)

改革开放为高等教育国际合作发展注入了思想动力,起到了思想解放的先导作用。在中国改革开放总设计师邓小平的倡导下,以出国留学和

收稿日期:2017-12-15

作者简介:魏姝,女,辽宁鞍山人,北京大学法学院博士研究生。

① 1995 年世界贸易组织(WTO)成立,作为一揽子协议,《服务贸易总协定》(GATS)也正式生效。2001 年我国加入 WTO,GATS 作为 WTO 一揽子协议对我国生效。

② 国务院部委及其内设厅局发布大量“通知”“意见”“函”“批复”“决定”等既具有政策性又带有约束力的文件,这些“规范性文件”在实际上起到了具体事项的决定作用。

③ GATS 第 28 条(定义)(a)项,“措施”指一成员的任何措施,无论是以法律、法规、规则、程序、决定、行政行为的形式还是以任何其他形式。

聘请外国专家为代表的“全方位对外教育交流迅速展开”①,并且带动了法制的建设与发展,也有学者称之为“国际化意识”阶段②。

1. 高等教育单行法出台,但未涉及国际合作内容。1980 年我国颁布了新中国成立后第一个高等教育领域的单行法律——《中华人民共和国学位条例》,但其中并无国际合作的规范。其他部门法间接涉及高等教育国际合作的某个方面,以 1986 年《中华人民共和国公民出境入境管理法》和《中华人民共和国外国人入境出境管理法》为例,尽管并非专门针对高等教育国际合作,但其间接促进了出国留学以及聘请外国专家的实践发展。

2. 行政法规有三个“零”的突破。这一阶段先后出现了两个直接规范高等教育国际合作的单行法规,即《外国文教专家工作试行条例》(国发[1980]270 号)和《关于自费留学的暂行规定》(国发[84]185 号),前者是新中国成立后有关高等教育国际合作的第一部行政法规。与这两部直接规范高等教育国际合作某一领域不同的是,1981 年《学位条例暂行实施办法》主要是针对国内授予学位的情形,仅部分内容中涉及来华留学。

3. 部门规章密集发展。针对出国留学,部门规章的发布最为密集,其总的趋势是从严格控制到逐渐宽松,从严格审查到加强管理服务。最早的一部规章是 1979 年出台的《关于自费出国留学的暂行规定》(国发[1981]13 号),此后 1981 年③、1982 年④、1986 年、1990 年⑤密集地发布规章,不断放宽自费出国留学的政策限制。愈来愈宽松的政策与法制带来的结果是自 1985 年起我国出国留学进入第一个热潮。

针对来华留学的规章具有较强的临时性特点,内容大多“一事一议”,如关于各部委的分工⑥,高校接收外国留学生的权利⑦,来华留学生获得我国学位⑧,来华留学研究生的申请、录取、报到⑨等,体现了所处时代的特点。

针对外国专家,部门规章的发展较为充分。根据《外国文教专家工作试行条例》(国发[1980]270 号)这一上位行政法规,1991 年 8 月国家教委、国家外专局联合制定了《高等学校聘请外国文教专家和外籍教师的规定》(教外办[1991]462 号),这是有关外国专家聘用工作的最为基础的部门规章,共五章 37 条,尽管内容比较简单,甚至有些内容已经落后于时代发展,但其被沿用至今。

4.“规范性文件”有所发展。要求出国留学人员回国服务是以规范性文件的形式⑩在这一阶段确定下来的。“中外合作办学原则上不能接受”也是通过规范性文件⑪进行限制的,体现了对中外合作办学的政策“收紧”趋势。

5. 学历学位互认协定开始签署。伴随着这一阶段出国留学的快速发展,学位学历互认的多边、双边协议也有了进展。1983 年我国加入联合国教科文组织《亚洲和太平洋地区承认高等教育学历、文凭与学位的地区公约》⑫,这是我国参加的第一个区域性高等教育协议。1988 年我国与斯里兰卡签订了第一个互相承认学位证书的双边协定。

此阶段,受 70 年代全球性经济危机的影响,英国、澳大利亚和美国等高等教育发达国家对高

① 中国高等教育学会:《改革开放 30 年中国高等教育发展经验专题研究》,北京:教育科学出版社 2008 年版,第 74 页。

② Li Wang, “Going Global: the Changing Strategy of Internationalization of Education in China”, *Journal of Higher Education Policy and Management*, Vol. 35 (3), 2013, p305.

③ 1981 年国务院批转教育部等七个部委制定的首个自费出国留学联合部门规章《关于自费出国留学的暂行规定》(国发[1981]13 号)。

④ 1982 年国务院批转教育部等四个部门制定的《自费出国留学的规定》。

⑤ 《关于具有大学和大学以上学历人员自费出国留学的补充规定》(教留[1990]014 号)。

⑥ 1985 年国家教委等五部委联合发布《外国留学生管理办法》。

⑦ 1989 年国家教委《关于招收自费外国留学生的有关规定》,参见于富增、江波、朱小玉著:《教育国际交流与合作史》,海口:海南出版社 2001 年版,第 243 页。

⑧ 《关于普通高等学校授予来华留学生我国学位试行办法》(学位[1991]17 号)。

⑨ 1992 年国家教委《接受外国来华留学研究生试行办法》(教学[1992]11 号)。

⑩ 1981 年教育部《做好留学回国工作的通知》规定,进修人员必须按期回国,回国人员统一分配工作。

⑪ 1992 年国家教委年发布《关于外国教育机构在华从事教育活动的通知》。

⑫ Regional Convention on the Recognition of Studies, Diplomas and Degrees in Higher Education in Asia and the Pacific,参见中国学位与研究生教育信息网:http://www.cdgdc.edu.cn/xwyyjsjyxx/dwjl/xwhr/,2017 年 11 月 2 日最新访问。

等教育的投入减少,从而纷纷通过吸引海外留学生来增加教育财政收入,凸显了高等教育的营利目的。1986 年开启的关贸总协定乌拉圭回合谈判,首次将高等教育部门作为一个国际“服务贸易”部门进行多边磋商,即把高等教育列入商品行列,我国也启动了“复关”谈判的进程。从 20 世纪 70、80 年代开始,高等教育国际合作的经济目的导向逐渐替代了此前的政治目的导向,高校逐渐取代政府成为高等教育国际合作的主体。

(二)真正起步阶段(1993 年—2001 年)

这一阶段,政策依然起到先导作用。1993 年《中国教育和改革发展纲要》(中发[1993]3 号)提出要“扩大教育对外开放,加强国际教育交流与合作”,确立了这一阶段高等教育国际合作发展的基调与方向,带动了实践与法制的发展。1992 年底我国“复关”谈判进入实质阶段,1995 年 WTO 成立,我国随即开始“入世”谈判,并在同一年开始允许中外合作办学①,这对我国高等教育国际合作法制发展影响深远,这一时期包括《教育法》《高等教育法》在内的立法活动以及教育部规章《中外合作办学暂定规定》的出台,高等教育领域终于迎来了基本法律。

这一阶段是我国高等教育国际合作法制发展的真正开端,并由此形成第一个立法热潮。有学者称其为“走向全球化”②阶段。

1. 高等教育基本法出台,但行政法规空白。1995 年《教育法》是我国教育基本法,设第八章“教育对外交流与合作”专章,对出国留学或任教、来华留学或任教、学位学历互认作出了原则规定。1998 年《高等教育法》是高等教育基本法,第 36 条从法律上赋予高校进行国际交流与合作的自主权,第 67 条重申了保护境外个人来华留学或任教的合法权益。

尽管高等教育基本法已经建立,但行政法规依然只有早在 1980 年制定的《外国文教专家工作试行条例》,沿用至此阶段。

2. 部门规章分别确立了基本规则。与上面恢复发展阶段中来华留学多为临时性规则不同,2000 年出台的《高等学校接受外国留学生管理规定》(教育部令第 9 号)是管理高校接受外国留学生工作的第一个比较全面、基础性的部门规章,来华留学在“真正起步阶段”正式纳入到部门规章规范管理中。

中外合作办学的法律地位由规章明确。1995 年国家教委《中外合作办学暂行规定》是中外合作办学领域首个立法。自此,中外合作办学活动有了法律依据,纳入法治化轨道中。

此阶段出台了大量有关外国专家的部门规章。外专局依据上位法的 1980 年《外国文教专家工作试行条例》,制定了涉及外国专家合同管理和争议解决,用人单位资格认可,外国专家的聘用办法,人才专项经费管理,工资和生活待遇③等等方面的大量规章。考虑到高校是聘请外国专家的主要单位,此时部门规章④尝试着将国家教委和国家外专局的职能进行划分,规定国家教委是教育的业务主管部门,国家外专局是引进国外智力和外国专家工作的归口管理部门,但两部委职能交叉问题并没能完全解决。

3. 规范性文件数量庞大。出国留学在这一阶段进入第二个热潮,国家教委进一步放宽了自费出国留学条件⑤。国家鼓励出国留学的政策目标是吸引留学人员回国服务,这方面的规范性文件数量也逐渐增多。教育部、人事部等多个部委对留学人员回国服务的任职条件、住房和子女入

① 1995 年国家教委《中外合作办学暂行规定》(教外综[1995]31 号)。

② Li Wang, “Going Global: the Changing Strategy of Internationalization of Education in China”, *Journal of Higher Education Policy and Management*, Vol. 35 (3), 2013, p. 306.

③ 1993 年《外国文教专家聘用合同争议仲裁暂行规定》《外国文教专家聘用合同管理暂行办法》《聘请外国文教专家单位资格认可办法》,1997 年《关于聘用已在华任职的外国文教专家和外籍工作人员的暂行规定》,1999 年《引进国外人才专项费用管理暂行办法》,2001 年《引进人才专家经费管理实施细则(暂行)》(外专发[2001]7 号),2001 年《社会力量办学和中外合作办学单位聘请外籍专业人员管理暂行办法》(外专发[2001]205 号),1996 年《外国文教专家工资和生活待遇管理办法》。

④ 《学校及其他教育机构聘请外籍专业人员管理办法》(外专发[1996]82 号)。

⑤ 仅对“公费大学生提出服务年限或偿还高等教育费的要求”,“对出国做博士后研究不收取高等教育费”,参见《关于自费出国留学有关问题的通知》(教留[1993]81 号)。

学,鼓励创业,奖励和激励政策①等方面做出了突破性规定。这一政策目标也一直延续下来,在后面的不同发展阶段中均有所体现。

中外合作办学以规范性文件为先行。在《中外合作办学暂行规定》出台前,国家教委于 1993 年先发布了规范性文件②,对合作办学的范围、类别、主体等一些急需明确的原则做出了规定,这一规范性文件对两年后部门规章的出台起到了重要的铺垫和推动作用。1996 年国务院学位办从颁发学位的角度,强调了要"合作办学",不允许境外高等教育机构和个人"单独"办学。③

外国专家领域规范性文件数量较多,主要集中于外国专家的工资待遇、换汇、免办就业证④等方面,且先后不断颁布、不断进行调整,这也体现了规范性文件的灵活性和不稳定性。

我国高等教育国际合作刚刚"走向全球化"、法制建设刚起步之时,高等教育发达国家早已进入国际化发展潮流中。联合国教科文组织"提出高等教育国际化是高等教育三大使命之一"⑤。1995 年随 WTO 协定一起生效的 GATS,在多边条约层面首次确认了高等教育是国际服务贸易部门,具有商业价值。

二、我国高等教育国际合作法制"主动拓展"时期

2001 年 12 月,我国正式加入 WTO,在 GATS 框架下做出了高等教育部门市场准入和国民待遇的承诺,高等教部门开始受到国际条约的约束,承担相应的国际条约权利和义务。我国高等教育国际合作法制建设进入"主动拓展"期,即加快按照 GATS 的原则和义务相应地修改或制定我国的法律规则,主动融入高等教育国际竞争潮流中。

(一)"入世"阶段(2002 年—2010 年)

"入世"伊始,政策依然起到先导作用。《2003—2007 教育振兴行动计划》提出教育领域的立法目标,即"加强和改善教育立法工作,力争用五至十年的时间形成较为完善的中国特色教育法律法规体系"。对人才的需求在这一阶段极大地释放出来,在吸引人才回国服务方面,中办国办印发《2002—2005 年全国人才队伍建设规划纲要》,中共中央、国务院印发《关于进一步加强人才工作的决定》,促成了一系列规章与制度的出台。

1. 法律的制定与修订并未直接相关高等教育。2003 年《民办教育促进法》及其配套实施细则,将民办教育纳入法律规范与保护之中;2004 年我国修订了《对外贸易法》,其中两个条文明确做出了与 GATS 接轨的原则规定⑥。尽管两部法律都不直接关系高等教育,但却从法律意义上昭示着我国高等教育正迈向市场化乃至国际化,直面高等教育的国际竞争。

2. 行政法规《中外合作办学条例》是对 GATS 义务的转化⑦适用。以《民办教育促进法》为上位法,2003 年国务院发布《中外合作办学条例》。中外合作办学对应着 GATS"商业存在"服务提供方式⑧,这也是 GATS 四种服务提供方式中唯一得到专门立法进行国内适用的,即立法"转化"的方式。自此,中外合作办学成为高等教育国际合作中法制建设相对较为系统、完善的一个领域,并快速发展繁荣起来。

---

① 2000 年人事部《关于鼓励海外高层次留学人才回国的意见》(人发[2000]63 号),2000 年科技部、人事部和教育部《关于组织开展国家留学人员创业园示范建设试点工作的通知》,2001 年人事部《留学人员创业园管理办法》《关于鼓励海外留学人员以多种形式为国服务的若干意见》。

② 1993 年 6 月国家教委《关于境外机构和个人来华合作办学问题的通知》。

③ 参见《关于加强中外合作办学活动中学位授予管理的通知》(学位办[1996]3 号)。

④ 《关于调整外国老专家的工资和解决其特殊问题的通知》(外专发[1994]52 号),国家外专局、财政部《关于调整外国文教专家工资的通知》(外专办发[2000 年]14 号),国家外专局、财政部《外国文教专家工资和生活待遇管理办法》(外专发[1996]247 号),《关于外国专家购买外汇有关规定的通知》,1996 年 6 月国务院办公厅《关于外国专家管理工作有关问题的通知》。

⑤ 另两个使命是针对性和高质量,参见陈学飞主编:《中国高等教育研究 50 年:1949—1999》,北京:教育科学出版社 2008 年版,第 73 页。

⑥ 第 6 条提出根据国际条约或互惠对等原则给予他国最惠国待遇、国民待遇;第 24 条明确在国际服务贸易方面,"根据所缔结或者参加的国际条约、协定中所做的承诺,给予其他缔约方、参加方市场准入和国民待遇"。

⑦ 国际法意义上的国际条约在一国主权范围内进行适用,可以通过"并入"或"转化"的方式。

⑧ GATS 四种服务方式为跨境交付、境外消费、商业存在和自然人流动。出国留学、来华留学属于"境外消费",聘请外国专家属于"自然人流动",中外合作办学和境外办学属于"商业存在",而慕课等属于"跨境交付"。

3. 部门规章继续发展。在 2003 年对自费出国留学放开了行政上和经济上的限制后①,国家加大对公派留学研究生的管理和支持力度。2007 年开始,国家对公派研究生加强了规范管理,要求按期回国后应在国内连续服务至少两年②;设立对公派研究生的学费资助项目③。

中外合作办学出台了配套规章。为更好地实施《中外合作办学条例》,2004 年教育部出台《中外合作办学条例实施办法》④,并与地方政府一起全面启动对全国中外合作办学机构和项目的复核和评估⑤,加强合作办学的规范管理,促进依法办学。

境外办学出台首部规章。2002 年教育部颁布《高等学校境外办学暂行管理办法》(第 15 号令),首次明确高等学校境外办学方向、办学形式及层次、审批权限及程序、证书和监管等内容。这是关于境外办学的唯一一部法律文件。受到我国高等教育自身发展程度以及境外办学面临的诸多限制与风险的影响,我国此阶段的实践主要是在东南亚国家举办一些中外合作办学项目和课程。

外国专家领域部门职能交叠,规章数量依然巨大。国家外专局延续此前做法,继续发布大量的部门规章,内容较为零散,涉及工作许可、合同管理、聘请单位资格认可⑥等。中组部出台引进高端人才(“千人计划”)的系列部门规章⑦,其他部委纷纷制定规章加大外国专家的入境及便利措施⑧力度,与鼓励回国的规章制度一起服务于国家的人才战略。

4. 规范性文件“井喷”。“入世”后,我国进行了行政审批制度改革,主动取消了此前对自费出国留学的各种限制性要求⑨(如毕业后为国家服务 5 年、实行 12 年的高等教育培养费)。自此,自费出国留学走上市场化规范管理的道路⑩,遵守了我国在 GATS 下境外消费方式下的具体承诺义务。

留学人员回国服务优惠力度继续加大。对应着数量众多的部门规章,回国服务方面的规范性文件数量持续增加、优惠力度持续加大:建立“快速通道”⑪,在身份证明、计生、编制和户口、专利转让、技术入股、成果转让收益比例等等方面⑫均有优惠政策。尽管规范性文件以极大的灵活性提供了多重便利,但庞大的数量和庞杂的内容并不利于留学回国人员对于信息的获取及有效利用。

中外合作办学规范性文件凸显作用。在行政法规、部门规章的架构下,中外合作办学的规范性文件⑬及时出台,对实践中存在的问题进行持续的调整和补充。

5. 双边协定进一步发展。在此阶段,我国先后与东盟、巴基斯坦、智利、新西兰、新加坡、秘鲁、哥斯达黎加等七个国家和地区签署了自由贸易协定或服务贸易协定,在协定的附件《具体承诺表》

① 2003 年教育部《关于简化大专以上学历人员自费出国留学审批手续的通知》。

② 教育部、财政部发布《国家公派出国留学研究生管理规定(试行)》(教外留[2007]46 号)。

③ 《国家建设高水平大学公派研究生的项目学费资助办法(试行)》(教财厅[2009]4 号)。

④ 废止了 1995 年《中外合作办学暂行规定》。

⑤ 《教育部办公厅关于开展中外合作办学评估工作的通知》(教外厅[2009]1 号)。

⑥ 2004 年《外国专家来华工作许可办理规定》(外专发[2004]139 号),2004 年《聘请外国文教专家单位资格认可办理规定》,2008 年《外国文教专家聘用合同管理规定》。

⑦ 《引进海外高层次人才暂行办法》(中组发[2008]28 号),《关于为海外高层次引进人才提供相应工作条件的若干规定》(组通字[2008]56 号),《关于海外高层次引进人才享受特定生活待遇的若干规定》(组通字[2008]58 号)。

⑧ 《关于为外国籍高层次人才和投资者提供入境及居留便利的规定》(国办发[2002]32 号),《中华人民共和国海关对高层次留学人才回国和海外科技专家来华工作进出境物品管理办法》(海关总署第 154 号令)。

⑨ 教育部、财政部发布《国家公派出国留学研究生管理规定(试行)》(教外留[2007]46 号)。

⑩ 参见刘国福:《近三十年中国出国留学政策理性回顾和法律思考》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2009 年第 6 期。

⑪ 教育部《关于进一步加强引进海外优秀留学人才工作的若干意见》。

⑫ 2002 年教育部国际司《关于办理高层次海外留学人才身份证明的通知》(教外司留[2002]1 号),2002 年 4 月 24 日国家计生委《出国留学人员生育问题规定》(国计生发[2002]34 号),《关于实施国家中长期科学和技术发展规划纲要若干配套政策的通知》(国发[2006]6 号)。

⑬ 《教育部关于当前中外合作办学若干问题的意见》(教外综[2006]5 号),《教育部关于进一步规范中外合作办学秩序的通知》(教外综[2007]14 号)。

中均对高等教育部门做出了与 GATS 项下一致的承诺,这些承诺内容也构成对我国高等教育部门的双边法律约束。

2002 年我国与西方国家签署了第一个相互承认学历、学位的协定,之后相继与英国、澳大利亚等十六国①签署双边协定,进一步消除境外消费方式下的潜在贸易壁垒。

(二)深化发展阶段(2011 年至今)

政策依然先导。《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010—2020)》第十六章为“扩大教育开放”,提出要“加强国际交流与合作”“引进优质教育资源”“提高交流合作水平”“推动我国高水平教育机构海外办学”和“修订相关法律”。2016 年中办国办印发《关于做好新时期教育对外开放工作的若干意见》,这是新中国成立以来第一份全面指导我国教育对外开放事业发展的纲领性文件。此阶段开始,我国开始注重高等教育国际合作的“社会和文化目标”②,致力于提升以高等教育为重要内涵的国家“软实力”。

2011 年,我国国家立法机关对外宣布中国特色社会主义法律体系已经形成③。此阶段高等教育国际合作发展增速减缓,立法活动侧重在纵深层面进行调整,几部重要的法律法规都在酝酿修改之中。

1. 高等教育法律法规的修订完善,与 GATS 接轨。进入深入发展阶段,我国先后修订了《民办教育促进法》《教育法》和《高等教育法》,并对《中外合作办学条例》进行了微调。修订后的《教育法》首提“国际教育服务”④这一概念,体现了与 GATS 接轨的精神。更为重大的变化是《教育法》与《高等教育法》都删去了学校“不得以营利为目的”的表述⑤,进一步符合 GATS 对高等教育商业属性的认定;《高等教育法》还赋予了高校进行国际交流合作的自主权⑥。

2. 部门规章“查缺补漏”。在来华留学方面,《学校招收和培养国际学生管理办法》(教育部、外交部、公安部令第 42 号)废止了 2000 年《高等学校接受外国留学生管理规定》,这是此领域第二个、也是现行有效的一部较为全面的部门规章。

境外办学废止了唯一一个规章。为了简政放权、精简审批事项,施行了 13 年的《高等学校境外办学暂行管理办法》于 2015 年 11 月被教育部正式废止,目的是减少审批程序,鼓励高校“走出去”办学⑦。

国家外专局继续发布关于外国专家聘用合同管理规定⑧、短期来华办理程序⑨等方面的零零散散的规章。我国境内就业的外国人参加社会保险的程序和条件有了详细规定⑩;2012 年永久居留外国人享受的待遇⑪得到确认,这是吸引海外人才来华工作的重要措施。

3. 规范性文件数量依然较大。中外合作办学的实践发展迅速,教育部再次以规范性文件⑫的形式,就办学与质量保障、专业设置、“允许境

① 德国、吉尔吉斯、英国、澳大利亚、奥地利、荷兰、葡萄牙、意大利、爱尔兰、哈萨克斯坦、瑞典、丹麦、西班牙、新西兰、古巴、越南、菲律宾。

② Li Wang. “Going Global: the Changing Strategy of Internationalization of Education in China”, *Journal of Higher Education Policy and Management*, Vol. 35 (3), 2013, p. 307.

③ 黄锡生、史玉成:《中国环境法律体系的架构与完善》,《当代法学》2014 年第 1 期。

④ 2015 年《教育法》第 67 条第一款。

⑤ 2015 年《教育法》第 26 条第三款,仅限制“以财政性经费、捐赠资产举办或者参与举办的教育机构不得设立为营利性组织”。

⑥ 《高等教育法》第 12 条第二款、第 36 条。

⑦ 2011 年中、老两国批准成立的老挝苏州大学是我国第一个境外办学高校。2013 年厦门大学在马来西亚启动举办“厦门大学马来西亚分校”,是我国第一所国内高校独资设立的海外分校,2016 年迎来第一批学生。

⑧ 2008 年 3 月《外国文教专家聘用合同管理规定》。

⑨ 《外国专家短期来华相关办理程序实施细则(试行)》(外专发[2015]186 号)。

⑩ 2015 年人社部《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》(第 16 号令)。

⑪ 《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》(人社部发[2012]53 号)。

⑫ 《教育部办公厅关于加强涉外办学规范管理的通知》(教外厅[2012]2 号),《教育部关于进一步加强高等学校中外合作办学质量保障工作的意见》(教外办学[2013]91 号),《教育部关于印发〈中外合作办学本科专业整理审核汇总表〉的通知》,《教育部关于鼓励和引导民间资金进入教育领域促进民办教育健康发展的实施意见》(教发[2012]10 号)。

内外资金依法开展中外合作办学”等方面进行有针对性的规制和调整。

外国专家领域规范性文件数量依然较大。这些规范性文件依然较为零散,侧重不同方面、一事一议,比较重要的有关于仲裁、工资、外国专家资格条件和工作许可制度试点①等制度。

三、我国高等教育国际合作法制发展的反思与完善

综观上述改革开放 40 年来“两个时期、四个阶段”的法制发展历程,无论是纵向的发展脉络观照,还是横向上的具体内容考量,毫无疑问,我国高等教育国际合作法制取得了重要的阶段性成就,伴随着改革开放的步伐,从无到有建立了法律、行政法规、部门规章和规范性文件四个层级的数量众多的法律规范,从内部自我调适到主动加入国际竞争潮流中,对高等教育的国际化发展起到了极大的促进和保障作用。

回顾过去是为了将来更好的发展与完善。改革开放进入第 40 个年头,反思我国高等教育国际合作法制的发展,则不难得出结论:改革开放 40 年来、加入 GATS 17 年来,我国高等教育国际合作法制建设仅是个初步的成果,并未形成统一完善的高等教育国际合作法律体系,既缺少一部统领全局的高等教育国际合作基本法,同时各个分支部分的法规规章自身不够健全完备,相互之间不够协调。究其成因,与我国高等教育国际合作法制的发展特点密切相关。

(一)我国高等教育国际合作法制发展的反思

1. 政策先导、立法滞后为常态

1978 年改革开放解放了思想,政策带动了高等教育国际合作实践与法制的发展,此后每个阶段都是政策发挥着先导作用,影响和带动着高等教育国际合作立法发展。在改革开放初期,政策先导对法制发展起到了巨大的推动作用,但是政策先导背离了法治精神,对法制建设的长远发展弊大于利。政策先导带来的负面影响是我国高等教育国际合作立法滞后于实践发展,缺乏必要的前瞻性和稳定性。政策先导、立法滞后为常态是我国高等教育国际合作法制建设的“先天不足”。

我国立法上“成熟一个、制定一个”的做法,导致各个单行法规、规章各行其是,在不同层面上对实践进行修补式的调整,造成高等教育国际合作法律系统内存在内部立法不周延、构成部分之间缺乏协调性的问题。现有的《教育法》和《高等教育法》均制定于上世纪 90 年代,2015 年才进行了微调。《教育法》提及国际合作的内容仅 4 条,占整部法律条文总数的 4.6%;《高等教育》国际合作内容只有 3 条,小于整部法律条文总数的 5%,远远不能满足现实需求。从行政法规角度看,早在 1980 年国务院制定的《外国文教专家工作试行条例》(国发[1980]270 号)一直“试行”了近 20 年依然被部门规章引为上位法。此后如何失效无据可查,也并没有新的行政法规出台。立法滞后造成大量的规章和规范性文件涌现。这些法律文件存在立法技术粗糙、权利义务的规范内容不完备、内容不协调等问题,“朝令夕改”,缺乏必要的稳定性和可预期性。各种单行法规规章和规范性文件处于无序发展状态,相互之间不能协调自洽,因而也无从建立完善的法律体系。

立法滞后的另一个表现是,尽管自 2001 年始,我国严格履行 GATS 承诺已经 16 年了,但我国仅仅对 GATS 四种提供方式之一的商业存在方式通过出台行政法规即《中外合作办学条例》的方式进行国内法转化,对 GATS 的其他两种服务提供方式(境外消费、自然人流动)的条约义务是通过局部修改国内法的方式进行的;因为我国在跨境交付方式下的市场准入和国民待遇并没有做出承诺,此种方式下的法制依然为空白。由于并没有对 GATS 框架下高等教育部门的全部国际法义务通过国内立法的方式进行转化,因此也没能构建出一部符合 GATS 原则和精神的高等教育国际合作基本法。

2. 政出多门

相互衔接、内在协调统一是构成法律体系的基本要求。在部门规章层面,因不同部委对高等教育国际合作的不同角度、不同侧面存在职能交叉,“政出多门”导致部门规章和规范性文件的纷乱重复,相互割裂甚至矛盾。2003 年建立的留学人员回国服务工作部际联席会议制度有 12 个部委参与,为海外高层次留学人才回国工作建立绿色通道有 16 个部委参与;人事部、财政部等 17 个部委都曾单独或参与联合发布出国留学方面的规范性文件;外专局、公安部、外交部、教育部等 25

① 《关于做好外国专家劳动人事争议仲裁工作的通知》(外专办发[2011]20 号),《关于外国文教专家在华工作工资发放有关问题的指导意见》(外专办发[2014]378 号),2012 年外专局《关于提高聘用外国文教专家效益的意见》,《外国人在华工作许可制度试点实施方案》(外专发[2016]151 号)对来华外国人分成 ABC 三类进行管理。

个部局均参与制定聘请外国专家的规则,各个规章和规范性文件之间的协调和统一很难达到。更值得一提的是,规范性文件本身法律效力等级非常低,非常缺乏法律应有的稳定性和可预期性。“政出多门”进一步造成了我国高等教育国际合作法制不能形成科学、完备、自洽的体系。

3. 特色内容缺失

对于高等教育而言,教师、学生、质量保障等是其核心要素。我国现有高等教育国际合作的规则体系中严重缺乏高等教育自身的特色内容,并没有对高等教育的核心要素进行规定和调整。首先,缺少对国际学生权利进行规范和保护的内容。现有《高等教育法》只是在第六章中用了 7 个条款,原则性地规定了“高等学校学生的合法权益,受法律保护”,并没有专门就来华留学生的权利保护加以特别规定。高等教育国际合作的专门立法——《中外合作办学条例》及其实施办法偏重于程序规则和管理内容,也没有涉及学生权益保护的条文。其次,缺少对教育教学质量的评估和认证内容。我国并没有建立对接收来华留学生高校的教育质量进行监控和评估的机制。《中外合作办学条例》并未说明何为“海外优质教育资源”;对中外合作办学机构或项目的教育教学方面的规范仅有 6 个条文,涉及课程开设、学生招生、学位学历等内容;对于监管只有 1 个条文①,而“对于主体的责任与权利、质量标准、评估指标及方法等具体内容都未提及”②。从中外合作办学质量评估过程看,仅仅是“质量合格性评估”。中外合作办学的教育质量审核不严而导致海外劣质教育流入国内,低水平重复办学等现象时有发生。再次,缺少对外国专家的权益保护与评价体系。现有《教师法》并不能很好地适用于外籍教师。针对外籍教师,外专局、教育部等制定的规章和规范性文件均有所涉及,但都没有针对性,也并不全面。外国专家在中国任教的特定资格要求、如何进行资格认证、聘用办法、教育教学质量的评价和考核、争议解决等内容都不甚明确,且没有相对集中地规范在一个行政法规或部门规章中。

4. 存在违反国际法义务的潜在风险

高等教育国际合作法律体系的不完备导致我国存在着违反 GATS 原则和纪律的潜在风险。WTO“中国影响出版物和视听娱乐产品的贸易权及分销服务措施案”专家组对“包括我国不同层面的 17 项措施,其中 6 项为国务院制定的行政法规或文件,其余为各部委所发布的部门规章、通告或意见进行了审查”③。我国现有规章和规范性文件因其立法技术的混乱、内容的不协调、用语的不准确,都将成为争端解决的潜在风险点。GATS 的“透明度原则”是一项普遍义务,要求成员将国内法规的制定和修改即时通知服务贸易理事会。我国高等教育部门因为基本法的缺位,造成单行法规、规章数量巨大、变化快速,这也大大增加了我国违反 GATS 透明度原则的风险。

(二)完善我国高等教育国际合作法律体系

改革开放 40 年来,我国高等教育国际合作法制建设取得了阶段性的成果,对实践发展起到了巨大的推动作用。自 2001 年加入 GATS 以来,高等教育早已置身于激烈的国际竞争中,要在竞争中处于不败之地,就要主动利用国际规则来保障我国高等教育的发展与进步。我国有必要根据 GATS 的规则对高等教育国际合作法制进行审视,从法律阶位到具体规则进行全方位的加强,从而形成协调自洽的法律体系,通过完善的立法保护我国高等教育参与国际竞争。

1. 制定统领全局的高等教育国际合作基本法

我国高等教育国际合作需要一部基本的法律,可命名为《涉外高等教育法》或《高等教育国际合作法》,规定高等教育国际合作的基本原则和基本制度,起到统领全局的作用。根据我国在 GATS 下的承诺,综合四种服务提供方式下高等教育国际合作的共性问题进行统一规范,基本部分为高等教育国际合作的原则与目的、高等教育服务贸易机构,办学水平与质量保障与认证、教师资格要求和权益保护、学生权益保护,学历学位认证、救济措施等共性内容。同时,通过配套法规、规章的建设,建立统一规范、重点突出、相互衔接

① 《中外合作办学条例》第 35 条,“国务院教育行政部门……对中外合作办学机构的办学水平和教育质量进行评估”。《中外合作办学条例实施办法》第 40 条“中国教育机构应当对外国教育机构提供的课程和教育质量进行评估”。

② 刘剑青:《WTO 框架下我国教育对外开放战略对策研究》,《教育发展研究》2015 年第 5 期。

③ 如《中外合作音像制品分销企业管理办法(2004 年)》《关于文化领域引进外资的若干意见》(文办发[2005]19 号),参见王衡:《WTO 服务贸易承诺减让表之解释问题研究——以“中美出版物和视听产品案”为例》,《法商研究》2012 年第 4 期。

的制度体系,为高等教育国际合作提供法治保障。

2. 按 GATS 四种服务提供方式制定专门法规

GATS 四种服务提供方式为跨境交付、境外消费、商业存在和自然人流动。除了跨境交付我国没有承诺外,其他三种服务提供方式下我国均有适度的开放承诺。

相应地,我国应制定《国际学生条例》,以教育部《学校招收和培养国际学生管理办法》(教育部、外交部、公安部令第 42 号)为基础,把散见于各个部委不同规范性文件中的签证、工作与居留等便利措施有效整合起来,进一步放宽对外国优秀留学生在华工作限制,增加对来华留学生的权益保护内容,形成比较全面、系统的来华留学生权益的救济和保护体系,吸引更多的海外学生来华学习,以扩大我国高等教育服务贸易的出口。

修改《中外合作办学条例》,将已有规范性文件的内容详细论证后纳入其中,建立更加严格的准入机制和退出机制,建立对外方合作办学者开展必要的评估和审核制度,完善允许中外合作方营利的配套规范。

制定《外籍教师管理条例》。对已有规章制度进行系统性清理,在《学校及其他教育机构聘用外国文教专家规定》基础上,修订成一部《外籍教师管理条例》,对在中国境内从事高等教育服务的外籍教师的工作准入和资格要求、教师专业标准体系、聘用办法和工作许可、国民待遇和权益保障、评价与激励机制,以及出入境、居留、外汇与税收、保险、子女入学、配偶安置等内容进行统一规范和监督,并划定管理部门的职责权限。

3. 构建统一的涉外高等教育服务体系和监管平台

“徒法不足以自行”。在法律法规进一步完善的基础上,政府要加强对涉外高等教育的监管,以确保法律法规的实施效果。我国并无专门部门对高等教育国际合作进行整体监管,不仅四种服务提供方式下监管主体有差异,同一种方式下(例如聘请外国专家)也会有若干个部门涉及,人为地割裂了高等教育国际合作的整体性,不利于我国高等教育国际合作的整体发展。要加强涉外高等教育有关的部门之间的沟通与合作,改变分散管理的现象,按照将四种提供方式全部涵盖的目的,统一高等教育国际合作的主管机构架构,构建部门协调机制。可以由国务院教育行政部门统筹管理,统一进行内容监管和平台建设,以便立法、司法、执法协调发展,确保我国高等教育国际合作健康、有序、快速发展。

40 Years of Evolution With its Introspection about the Legal System of International Cooperation in China's Higher Education Since the Reform and Opening-up

Wei Shu

(*School of Law*, *Peking University*, *Beijing* 100871, *China*)

Abstract: Since the Reform and Opening-up, the legal construction of international cooperation in China's higher education has experienced two periods (the internally-driven period and the initiative-expansion period), which can be further subdivided into four stages, including the restoration and development stage, the startup stage, the entry into WTO stage, and the in-depth development stage. It is evident that China has made great achievements in the legal construction of international cooperation in its higher education over the 40 years since the Reform and Opening-up. However, looking from the perspective of China's having been a member of the GATS for 17 years, we may say that these achievements are only periodic results. China has not yet formed such a coordinated and integrated legal system. It is urgent to improve and perfect this legal system by enacting a basic law on the international cooperation in China's higher education, enacting and modifying the administrative regulations according to the GATS, and establishing an effective supervision system.

Key words: higher education, international cooperation, legal system

(责任编辑　　李　铄)